



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2018

«Regelt den Verkehr!» – MeToo und neue Vertragsformen?

Breitschmid, Peter

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-167423>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Breitschmid, Peter (2018). «Regelt den Verkehr!» – MeToo und neue Vertragsformen? Jusletter, (15.01.2018):1-5.

Peter Breitschmid

«Regelt den Verkehr!» – #MeToo und neue Vertragsformen?

Oder: Was uns gerade noch gefehlt hat: «F...-Verträge»

Lassen sich geschlechtliche Beziehungen durch affirmative consent konfliktfrei regeln? Eine Glosse über die Illusion, insbesondere emotionale Aspekte des Lebens mit den Instrumenten des Rechts regeln zu wollen. Vorsicht, Satire!

Beitragsarten: Essay

Rechtsgebiete: Privatrecht

Zitiervorschlag: Peter Breitschmid, «Regelt den Verkehr!» – #MeToo und neue Vertragsformen?, in: Jusletter 15. Januar 2018

[Rz 1] #MeToo¹ soll – nach einem Beitrag von LARS WEISBROD im Feuilleton der «Zeit»² unter diesem süffisanten Titel «Regelt den Verkehr!» – Bestrebungen ausgelöst haben, in Zeiten, in denen weder Kirche noch Konvention etwas verbieten bzw. etwas zu verbieten vermögen, die daraus entstehende Freiheit – die natürlich wie Freiheit überhaupt gefährlich ist (Zweideutigkeit und Kontrollverlust werden genannt ...) – zumindest mittels einer App die Beischlafsabsicht mündlich und beweisbar zu bestätigen, da sich entsprechende Formulare den Umständen entsprechend wohl nicht wirklich bewährt haben. Ob es mittels App gelingen wird, die Absprachen den allenfalls zu nuancierenden und im Verlauf der nicht immer ganz beherrschbaren Entwicklung fortlaufend sich wandelnden Umständen und sich allenfalls wandelnden Einstellungen (Abscheu oder Ekstase) anzupassen, hängt allenfalls von den Entwicklern der App, möglicherweise aber auch von der Gewandtheit (in der Bedienung der App) der Benutzer ab.

[Rz 2] Allerdings wurde die App nicht etwa im luftleeren Raum entwickelt. Sie schliesst vielmehr an eine entsprechende Gesetzesbestimmung in der kalifornischen Erziehungs-Gesetzgebung an³. Section 67386 (1) lautet:

An affirmative consent standard in the determination of whether consent was given by both parties to sexual activity. «Affirmative consent» means affirmative, conscious, and voluntary agreement to engage in sexual activity. It is the responsibility of each person involved in the sexual activity to ensure that he or she has the affirmative consent of the other or others to engage in the sexual activity. Lack of protest or resistance does not mean consent, nor does silence mean consent. Affirmative consent must be ongoing throughout a sexual activity and can be revoked at any time. The existence of a dating relationship between the persons involved, or the fact of past sexual relations between them, should never by itself be assumed to be an indicator of consent.

[Rz 3] Die Frage, wie der *affirmative consent* zu belegen sei, bildet dabei natürlich den Kern der Umsetzung dieser Norm. Da es sich allenfalls zwar um ein Massengeschäft, aber um ein *individualisiertes* oder (nüchtern überlegt) doch *individualisierungsbedürftiges* Massengeschäft handeln dürfte, das tendenziell je nachdem unter gleich starken, u.U. aber doch unter nachfragemächtigeren und damit auch abhängigeren «Parteien» geschlossen wird, sind weder AGB noch Formular- oder andere Standardverträge bzw. -formulare ohne weiteres denkbar, weshalb die «aktive Generation» tatsächlich mit Apps am besten und differenziertesten bedient sein dürfte. Eher als Papier und Stift begleitet uns heute wohl das Smartphone auch dann, wenn wir Tenue «Adam und Eva» tragen ...

[Rz 4] Möglich, dass alle, die gelegentlich oder häufiger in die Situation kommen, solche Gelegenheitsabsprachen zu treffen (der Verfasser gehört einer andern Generation an ...), ihren *consent* informierter abgeben als die angeblichen *informed consents*, die im Rahmen von Spitaleintritten oder medizinischen Behandlungen eher routinemässig ausgefüllt werden. Das gemeinsame Hauptproblem der beiden – zwar etwas unterschiedlichen – Themenbereiche dürfte sein, dass die rationale Entscheidungsfähigkeit im Anschluss an eine einigermaßen infauste medizinische Diagnose in ähnlicher Weise beeinträchtigt sein könnte wie das verschmitzt-verschwitzte Nicken bei

¹ Zur Terminologie s. Fn 4.

² «Die Zeit» Nr. 44, 26. Oktober 2017, S. 39; der vorliegende Beitrag wurde anfangs November 2017 verfasst; s. mittlerweile z.B. auch WOLFGANG M. SCHMITT, Geschlechtsverkehrsordnungen, NZZ 7.12.2017, S. 40.

³ Senate Bill No. 967, Ch. 748 (An act to add Section 67386 to the Education Code, relating to student safety): <http://affirmativeconsent.com/affirmative-consent-laws-state-by-state/> Website zuletzt besucht am 28. November 2017.

wummernder Musik in enger Umschlungenheit ... der eine wie der andere äussere Rahmen wird stets mitzubedenken sein, wenn man in einer kahlen Amtsstube entsprechend schwache oder schwachinformierte Entscheidungen nachzubereiten hat. Und denkbar wäre auch, dass – nicht unähnlich den Operationserweiterungen im Zuge medizinischer Behandlung – die Handlungen der Involvierten nicht mehr ganz *informed* und konsentiert waren, was den gesamten weiteren Verlauf und deren Intensität betrifft?

[Rz 5] Noch bevor die erste parlamentarische Initiative zur Regelung von «F...-Verträgen»⁴ ergeht oder erste Masterarbeiten zum Thema verfasst werden (ein neues Forschungsgebiet im Bereich der Innominatverträge!), noch bevor der Aufschrei ergeht, es gäbe Bereiche, in denen zwar durchaus das Recht gelten sollte, aber die deswegen nicht spezialgesetzlich geregelt zu werden brauchen, sei ersten Begeisterungstürmen darüber, dass es zwar in diesem Bereich wohl kaum je wirklich «neue Männer» geben wird (da es doch auch die eine und andere «alte Frau» gibt, die dazu tendiert, etwas zu locken und zu necken, was zumindest bei herkömmlichen Männern gewisse gewissermassen physikalische magnetische Reaktionen auszulösen geeignet ist), etwas *common sense* angemahnt («gesunder Menschenverstand» funktioniert dort nur beschränkt, wo sich das Animalische im Menschen durchsetzt, während uns der gesunde «tierische Instinkt» möglicherweise etwas abgeht). Es ist nun zwar menschlich, vorsorgliche juristische Vorkehren zu treffen, um sich abzusichern, aber im Ergebnis dürfte es sich so verhalten wie im Tierreich: Wer sein Brunftverhalten nicht kontrolliert, wird durch Artgenossen gelegentlich in der einen oder andern Art gemassregelt. Um dem zu entgehen, dürfte sich eine gewisse Zurückhaltung und Vorsicht empfehlen, die sich zwar allenfalls in einer tieferen Reproduktionsrate (oder weniger Facebook-Likes) niederschlägt, aber möglicherweise überleben Beihirsche geschlechtsunabhängig mit weniger Risiken und weniger Likes im Ergebnis nicht schlechter.

[Rz 6] Dass nämlich die (kommunikativen) Probleme bezüglich «des Unaussprechlichen» gelöst wären, wenn man «die Sache» und «kleine Details» (gewissermassen die «Verkehrsbedingungen») vertraglich regeln würde, ist meist blanke Illusion, denn

1. die Idee ist zwar im Ansatz gut, aber intellektuell (was Libido selbst bei angeblich Intellektuellen kaum ist),
2. wäre der «übereinstimmende Parteiwille» mit Blick auf die typischen Unschärfen der Kommunikation allgemein und in diesem «Verkehrsbereich» ohnehin auch bei scheinbarer Übereinstimmung im Wortlaut kaum zweifelsfrei zu eruieren, wenn es denn doch zum Konflikt kommt (auch auf der Autobahn ist nicht das Tempo, sondern die Fehleinschätzung bzgl. der *Tempodifferenz* das grösste Risiko), und
3. endlich ist natürlich schon die Offerte zum Abschluss eines solchen Vertrags – jedenfalls ausserhalb eines klar als *unsafe space* deklarierten *darkrooms* – eine Annäherung, die in einem *safe space* eigentlich eine Watsche ohne weiteres rechtfertigen würde ... Die Frage nämlich, was ein *safe* und was ein *unsafe space* sei, wo man mit Annäherungsversuchen⁵ allenfalls zu rechnen habe, bedürfte ihrerseits wohl einer App, um die gleitenden Übergänge von der be-

⁴ Terminologie im Anschluss an eine Diskussion von 4. Klässlerinnen einer ländlichen Primarschule beim Umsteigen im Hauptbahnhof Zürich auf den Zug nach Brugg (Besichtigung von Vindonissa), die feststellten, dass der Interregio von Zürich über Brugg nach Basel auch in Frick hält: einer «Ortschaft, die ohne r noch ganz lustig sein» müsse – eine nicht ohne weiteres qualifizierbare Nähe zum Thema scheint sich unmerklich bereits vor Universitätsstufe einzuschleichen.

⁵ Im Jargon einer Gymi-Bubenklasse vor einem halben Jahrhundert lautete die Terminologie dafür «Paff» bzw. «PAV», nämlich «plumper Annäherungsversuch» ...

trieblichen Mensa/Kantine über den Feierabenddrink auf dem Nachhauseweg (Distanz zum Arbeits-/Wohnort) zu erfassen ...

[Rz 7] Quintessenz: Wenn man schon darüber offenbar *nicht sprechen* kann, kann man auch *keine Verträge* schreiben; eine Patientenverfügung nach dem System «Zutreffendes ankreuzen» dürfte weitgehend wirkungslos bleiben⁶. Wir können unser mangelndes kommunikatives Feingefühl nun mal nicht mit juristischen Floskeln zudecken! Wir Menschen beider Geschlechter als zwar (nur einigermaßen) autonome, gebildete und aufgeklärte Wesen müssen wohl lernen damit umzugehen, dass wir weiterhin trotz unseres nahezu perfekten Wesens und überragenden Charmes gelegentlich meinen, dass das, was wir meinen es sei unser Charme, bloss unser Trieb ist. Diese Verwechslung wird weiterhin Missverständnisse mit Folgen nach sich ziehen, die höhere Manager wie Strauss-Kahn und niedere Schüler knapp in der Pubertät zu markanten Fehleinschätzungen veranlassen, sei es verbal, manuell oder mittels App ... Fehleinschätzungen im Strassenverkehr (wo sich «potentere» bisweilen auch etwas mehr Rechte herausnehmen zu können meinen) ziehen Ordnungsbussen oder vorübergehendes Fussgängertum nach sich, aber es gibt keine gültigen Tempoüberschreitungsverträge. Kriegt man die Watsche nicht schon vom Gegenüber, dann eben allenfalls vom Gericht. Das kann vermieden werden, indem das kaum auslegungsbedürftige Wörtchen «Nein» (das allerdings geschlechtsneutral schon in frühen Phasen der Erziehung gerne überhört wird!) gebraucht und gehört wird. Brauchen und verstehen («Missverständnisse» bei «Neiiiiiiin wie toll» oder Hörgeräteverlust nach heftigen körperlichen Bewegungen ausgenommen) sind ganz einfach! Insofern müsste deutlich häufiger und deutlich früher einerseits explizit gefragt, aber auch «Nein» gesagt werden. Denn wer Sex macht, muss auch darüber sprechen können – das wäre Teil der Handlungsfähigkeit. Fehlt es daran (vorübergehend), hat man es bleiben zu lassen!

[Rz 8] Was nicht klar ist, hat man bleiben zu lassen oder im (vernünftigen) Gespräch zu klären. Das tönt rationaler, als die Vertragsmaterie ist. Rationalität des Vertragsschlusses wird in der Regel durch die Vertragsform gewährleistet. Gängig mag zunehmend die App sein, aber für riskantere und belastendere Geschäfte wäre man geneigt – auch um der Klärung des Parteiwillens willen – die öffentliche Beurkundung zu empfehlen. Vorab scheitert das wohl an den Öffnungszeiten der Notariate bzw. den Domizilen der Beurkundenden, die eher nicht in der Nähe der für spontane Vertragsabschlüsse geeigneten Orte liegen. Persönlich zweifle ich (aber halt nur Ersatzmitglied einer Notariatsprüfungskommission) auch an der Formulierungsfähigkeit der Urkundspersonen ... Die Erforschung des wirklichen Parteiwillens würde Potential bergen, die eine oder andere minder («fach»-)sprachroutinierte Urkundsperson #MeToo-Vorwürfen auszusetzen ... Überlegen, vernünftig sprechen, danach handeln, eventuell nachfragen – das waren eigentlich schon immer bewährte Rezepte.

[Rz 9] «#MeToo» ... «alle» sprechen darüber, und so betrifft das auch die juristische Sicht von JuristInnen; nicht, weil etwas zu gestehen wäre, sondern weil es grundsätzlich menschlich ist, Beziehungen aufzubauen und zu pflegen («me too»), weil Beziehungen geradezu das Menschsein ausmachen, auch in ihrer erotisch-geschlechtlichen Dimension. Aber «Sex» in irgendwelcher

⁶ Nur zu sagen, dass «keine lebenserhaltenden Maßnahmen» gewünscht sind, reicht nicht aus, entschied der deutsche BGH am 6. Juli 2016, XII ZB 61/16. Bindend seien die Festlegungen nur dann, wenn einzelne ärztliche Maßnahmen genannt oder Krankheiten und Behandlungssituationen klar genug beschrieben würden – umgekehrt kann die Zustimmung zu Beischlaf oder beischlafsähnlichen Handlungen nicht die Zustimmung zu allen in diesem Zusammenhang denkbaren oder auch kaum denkbaren Handlungen einschliessen.

Form ist nun einmal auch auf der Party nicht einfach «verfügbar» wie «Häsch mer äs Fүүr?». Und auch wer schon Feuer und Flamme gefangen zu haben meint, kann sich am Feuer die Finger verbrennen. Verkehrsregeln bedeuten gelegentlich «Stopp», einen Sicherheitshalt, das Einschätzen der Situation. Aber es gilt auch der Vertrauensgrundsatz, das Verbot von Schikanestopps. Verkehrsteilnehmer brauchen Verkehrserfahrung, und dazu Verkehrserziehung, welche eher im Elternhaus (das wohl auch heute noch bisweilen Sprachstörungen in diesem Bereich zeigt), aber durchaus auch unter vernünftigen KollegInnen und dann zwischen jenen stattfinden muss, die sich non-verbal näher kommen wollen. Auch in einer Paarbeziehung spricht man noch miteinander ... und spricht man nicht mehr, so sind die Tatbestände der Art. 189 und 190 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) selbst unter Ehegatten nahe.

[Rz 10] Die ultimative Regel des sich *adäquat Verständlichmachens* ist auch in Zeiten zu bedenken, wo das «Produkt Sex» allenfalls leichter erhältlich ist, als das einmal der Fall war. Aber auch der Diebstahlstatbestand gilt unverändert und unangefochten in Selbstbedienungsläden seit über einem halben Jahrhundert. Das müsste eigentlich begreiflich sein, ohne dass es dazu einer «Nicht-Klau-App» bedarf.

Prof. Dr. iur. PETER BREITSCHMID, Ordinarius, ist Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht, Schwerpunkt ZGB, an der Universität Zürich.